

**O REEXAME NECESSÁRIO E A FALTA DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 475, INCISOS I E II, DO CPC. REPERCUSSÃO DA REGRA NO DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO.**

**SUMÁRIO**

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS NO ENTORNO DO REEXAME NECESSÁRIO**
- 3. A DUPLICIDADE DE REEXAME: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL**
- 4. O REFLEXO DO REEXAME NECESSÁRIO NOS TRIBUNAIS**
- 5. CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA RE-AVALIAÇÃO DO REEXAME OBRIGATÓRIO**

**1. INTRODUÇÃO**

A presunção do escorreito funcionamento do Estado, o organismo político administrativo, induziu o legislador brasileiro e, notadamente, o juízo de valor dos operadores do direito, a reputar como regra de exceção, a prática de atos ofensivos pelo ente público. O sistema jurídico-legal parte da premissa do improvável descumprimento da norma pelo próprio criador. Em outro contexto de exceção, no qual, a um só tempo, estão contrapostos o interesse de todos (interesse público) e o direito de ninguém, o ente público, em gritante paradoxo, dita regras para se proteger de si próprio, ainda que promova, acintosamente, o descumprimento da norma por ele mesmo criada.

O que pode parecer sofisma, em verdade, é a tradução do dispositivo legal que condiciona a validade do pronunciamento do ente público (Poder Judiciário) quando voltado contra si próprio (Poder Executivo). O reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório, é instituto processual ditado como requisito e pressuposto de eficácia da sentença, como condição para o seu trânsito em julgado, quando sentenciado direito, a favor do cidadão ou entidade privada, contrário à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público. (art. 475, seus incisos e parágrafos, do CPC).

Em síntese apertada, trata-se de regra de “auto defesa” para acautelar o erário ou a coisa pública do reconhecimento, por organismo interno, da prática de ilícito pelo próprio ente público.

A consequência e o resultado mais visível deste mecanismo autofágico é o empilhamento de processos nos Tribunais Pátrios nas suas diversas esferas, precedido da irresponsável e incontida produção legislativa inadequada.

No exame dos ditames constitucionais, percebe-se, foi cravado no Título I, Dos Princípios Fundamentais: “...são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais: “...a igualdade entre todos...”, indistintamente, e a isonomia de tratamento.

Enquadrar ou não a legitimidade do reexame obrigatório no amparo constitucional é o nosso desafio.

## **2. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS NO ENTORNO DO REEXAME NECESSÁRIO.**

A Constituição Federal consagra a independência e harmonia dos Poderes da República como forma precípua de promover efetividade aos direitos e garantias fundamentais nela regulados, bem como aos princípios que ela própria, como Norma Constitucional que é, disponibiliza e impõe ao cidadão.

Insta ressaltar, precipuamente, e com mais força e presença que em qualquer outro ramo do direito, todo o sistema normativo tributário brasileiro está inserto na Carta Política e é dela que se pode germinar a produção dos regramentos derivativos. Se assim o é, não cabe ao legislador ou qualquer outro ente dos Poderes da República, se esvair em atalhos ou becos sem saídas, geradores de arranjos legislativos aptos a distorcer os direitos e garantias fundamentais, muito menos os princípios constitucionais.

Como regra de ascendência e prevalência sobre as demais, desde a sua construção a Norma Constitucional é preponderante.

Objetivando definir a sua finalidade, o preclaro Prof. Alexandre de Moraes, teceu as seguintes linhas sobre direitos fundamentais destinados à defesa, *verbis*:

*“Na visão ocidental da democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:*

*“ a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico – objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências desta esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico – objetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais ( liberdade positiva ) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões por parte dos mesmos ( liberdade negativa )”.*

O escopo precípua dos direitos fundamentais é, dentre outros, assegurar mecanismos de defesa, inclusive, contra agressões do próprio Estado. Como dito anteriormente, embora a premissa seja revestir ou imputar ao Estado a figura do guardião, defensor das garantias e direitos fundamentais, não se permite desprezar a hipótese dele, Estado, ser o agressor.

Ainda na percepção dos direitos fundamentais, diz o jurista Alexandre de Moraes:

*“Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.*

*Como destaca Celso de Mello,*

*“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concreta – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de*

*titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.*

No plano desse estudo, coloca-se de um lado o direito fundamental e o princípio da igualdade e do outro a garantia da observância da legalidade como regras aptas a disciplinar o confronto entre o interesse público (defesa do Estado) e o interesse coletivo (segurança dos cidadãos), numa visão, no nosso sentir, dicotômica.

Desse modo, se é próprio do aparato do Estado, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, gerar a Norma, *in casu*, a Norma tributária, ainda que não absoluta, é verdadeira a premissa de que se presume improvável a violação da Norma pelo Estado, muito embora haja mecanismo de defesa (garantias e direitos fundamentais) disponibilizado ao cidadão, caso se materialize a violação da Norma. Aqui surge o primeiro questionamento atrelado ao desafio deste estudo: o reexame necessário tem lastro em direitos e garantias fundamentais? É resultante de princípio constitucional?

Induvidosamente encontram-se insertos na Carta Magna, direitos e garantias fundamentais, reforçados por princípios constitucionais que asseguram a defesa contra Normas inseridas no sistema em descompasso com os ditames disciplinadores da geração da Norma, cravados na própria Carta Magna. Obrigado a deflagrar em seu favor a proteção que lhe é garantida, em razão de violação provocada por quem primeiro deve respeitá-los, qual o fundamento que obriga assegurar ao “guardião violador” duplo mecanismo de proteção contra integrante da sua própria estrutura, o Poder Judiciário?

Insta perseguir o debate suscitando novamente Alexandre de Moraes:

*“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna ( Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).*

*Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflitos, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.*

*Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.*

Diz mais:

*“Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípio do nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen, direito de habeas corpus, princípio do non bis in idem). A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que “clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.*

Assim, cabe confrontar o princípio da igualdade, sopesando Estado e cidadão, na aplicação da regra que impõe, a um deles apenas (o cidadão – interesse coletivo), obediência e acatamento ao reexame obrigatório, por garantia assecuratória destinada ao outro (Estado - interesse público), desigualmente e originalmente fortalecido por ser o próprio gerador da Norma violada. Veja-se:

*“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico<sup>i</sup>. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal<sup>ii</sup>.*

*A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama.*

*O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciação em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.*

*A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.*

*Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.*

*Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante*

*inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.*

*O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ( uniformização na interpretação da legislação federal ). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismo de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.*

*Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.*

*Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas:*

*“Quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferença de sexo, de profissão, de atividades, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrência de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, pra indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do poder judiciário.”*

*É esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*

*A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público.*

Irrefutavelmente, no plano de análise do sistema normativo tributário, nosso foco, o Estado ostenta e exterioriza a concentração do poder de conduzir a geração da Norma (Legislativo), a sua aplicação (Executivo) e a sua fiscalização (Judiciário), enquanto ao cidadão assegura-se, apenas, o direito de suscitar a observância ou não dos princípios e garantias constitucionais, cabendo a este, provocar o organismo estatal fiscalizador da aplicação da Norma que, quando detecta a violação desta, está obrigado a fazê-lo em escala de repetição “auto-afirmativa”, sob o condão impositivo de validade e eficácia condicionada ao reexame obrigatório. Resta claro que há nessa figura normativa (art.475, I e II, do CPC), injustificado tratamento específico a pessoas diversas, abrangendo-se desigualdade em favor da única parte capaz de produzir arbitrariedade, pois, é quem, a um só tempo, produz, aplica e fiscaliza a Norma.

Na outra banda, investiga-se o princípio da legalidade, no plano da receptividade ou não do reexame necessário pela CF/88.

Ora, o Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11.1.1973, acolheu o recurso *ex officio* do anterior código de 1939, (art. 475, CPC), transmudando-o, em poucos traços, para a feição do reexame necessário do código atual, já modernizado em parte, pelas alterações que, (parágrafos 2º e 3º, do art. 475, CPC) em síntese apertada, excluem da obrigatoriedade os casos nos quais a condenação ou o direito controvertido seja de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos e a sentença esteja fundada em jurisprudência do Pleno do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do tribunal superior competente.

Importante destacar o detalhe de que a instituição, na forma originária, com a fixação ampla e irrestrita da obrigatoriedade, precedia a Carta Magna de 1988 e,

na vigência da atual Carta Política, houve a mitigação da obrigatoriedade, pelas regras de exclusão desta exigência legal nas hipóteses exemplificadas acima.

Renovando a incompreensão, o que justifica, em relação a qual fundamento obriga assegurar ao Estado, “guardião violador”, duplo mecanismo de proteção contra integrante da sua própria estrutura, o Poder Judiciário?

Invoca-se, novamente, os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

*“O art. 5º, II, da Constituição Federal preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”<sup>1</sup>.*

*Como ressaltado por Garcia de Enterría, “quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo ( dura lex, sed lex ), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da constituição’ e especialmente de acordo com sua ‘ordem de valores’ que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais”<sup>2</sup>.*

*Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parlamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa,<sup>3</sup> de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito:<sup>4</sup>*

<sup>1</sup>. ARISTÓLES. POLÍTICA. 4.ed. [s.l.] : Laboulange, sd. Livro III, Capítulo XI.

<sup>2</sup>. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo . Princípio da legislação na constituição espanhola. Revista de Direito Público, nº 89, p. 6.

<sup>3</sup> . Cf. a esse respeito: CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativo. Coimbra: Almedina, p. 33-55

<sup>4</sup> .BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e terra Política, 1986. p.158.

- *trata-se da sede institucional dos debates políticos;*
- *configura-se em uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública;*
- *é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralista da sociedade.*

A situação retratada no plano da análise do instituto processual sob comento (reexame necessário) com enfoque na garantia constitucional inerente ao princípio da legalidade, compreendendo-o como não derivado e integrante do processo legislativo constitucional, comporta indagar a efetiva receptividade, pela Carta Magna, da aludida regra processual.

Mais ainda. Autoriza questionar até onde o cumprimento do princípio da legalidade na conduta da sua instituição por regra substantiva, eleva-o à condição de garantia constitucional apta a se contrapor aos direitos e garantias individuais, reunidos e cumulados com os princípios constitucionais, para derrogar a igualdade adstrita a todos, indistintamente, mormente quando em confronto a validade e efetividade do pronunciamento do Poder Judiciário no exercício da prestação jurisdicional.

O reexame necessário soa dissonante com a independência e harmonia entre os Poderes da República.

Como salientam Canotilho e Moreira:

*“um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional ( *Verfassungstreue*, na terminologia alemã ). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema como o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada*

*no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statesmanship)”.*

Tanto cronologicamente como na essência da estrutura constitucional a receptividade do reexame necessário, pela Carta política, suscita dúvidas e inconformismos. Do ponto de vista sociológico, analisando o péssimo hábito do Estado brasileiro, comporta até a provocação se não reside na denunciada desigualdade arbitrária, aqui analisada apenas em relação ao reexame necessário, porém, sabidamente um entre tantos outros excessos, não será essa a razão da contumaz irresponsabilidade fiscal que impera no cotidiano do brasileiro?

Voltando à ciência, cabível citar a linha de investigação assumida na obra de Alexandre de Moraes:

*“Analisando as normas técnicas para interpretação constitucional, José Tarcizio de Almeida Melo acentua que o caráter teleológico, finalístico, da norma constitucional deve ser levado em consideração, para atingir-se o objetivo imediato que a constituição, desde sua origem, tem preservado<sup>5</sup>.*

*Este objetivo deve ser alcançado, em relação às funções estatais, imunidades e garantias previstas na Constituição Federal, pois o intérprete deve respeito à hermenêutica constitucional.*

*Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr., analisando a aplicabilidade e a interpretação das normas constitucionais, ensina:*

*“Admitindo-se que as normas jurídicas instaurem uma relação de autoridade – portanto uma relação de hierarquia – entre seu emissor e o seu destinatário (cometimento), e ao mesmo tempo expressem um relato, o chamado ‘ conteúdo normativo’, o sucesso da norma estará na adequação entre a relação de autoridade e o conteúdo da norma. Assim, se o objetivo do emissor é obter uma obediência ou submissão (cometimento), mas o conteúdo normado não tem condições de ser cumprido, o sucesso da disposição normativa é frágil, ou não existe. A norma não tem ou tem baixa eficácia. Mas se o objetivo é, por exemplo, não a obediência, não a submissão, mas simplesmente, vamos dizer assim, uma satisfação ideológica, o*

---

<sup>5</sup> . Nuno Piçarra faz detalhado estudo a falência da idéia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais(A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264)

<sup>5</sup> .Melo, José Tarcizio de Almeida. Direito...Op. cit. p. 46.

*apaziguamento da consciência política, embora o disposto seja impossível de ser cumprido, este conteúdo impossível de ser cumprido é adequado à relação de autoridade. Porque é exatamente em razão da não aplicação que vai dar-se o sucesso da norma.*

*Portanto, nesses termos, a eficácia enquanto termo relativo ao normativo, tendo em vista a relação entre o emissor da norma e o seu destinatário, exige-se que se leve em conta o objetivo colimado na instauração da relação de autoridade”.*

*O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.*

*Uma interpretação valorativa dos direitos fundamentais, bem como de proteção dos instrumentos e mecanismos previstos constitucionalmente para sua aplicabilidade integral e eficaz, entre eles as previsões de garantias e imunidades, vai ao encontro da dupla finalidade apontada por Mauro Capeletti, ao dissertar sobre o nascimento da denominada justiça constitucional das liberdades: evitar os regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos referidos direitos fundamentais.*

.....  
.....

*Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos Poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir...*

*Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Judiciário. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”.*

*Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito sine qua non para a existência de um Estado*

*democrático de direito. Nesta esteira, o legislador constituinte previu diversas imunidades e garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público.*

*Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.*

*Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.*

Posta a matéria no plano da análise das garantias e direitos fundamentais, bem assim na linha de preservação dos princípios constitucionais, a seguir cabe traçar o tratamento dispensado ao reexame necessário e a sua repercussão na relação tributária.

### **3. A DUPLICIDADE DE REEXAME: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL**

Na trilha da perseguição da sua defesa, ainda que se valendo das garantias e direitos fundamentais, cumulados com os princípios constitucionais a seu favor, o contribuinte, não obstante sofra arbitrariedade do Estado quando da emissão de comando normativo inválido ou em afronta ao sistema constitucional, instado a responder por suposto crédito fiscal após notificação de lançamento, por exemplo, cumpre ao contribuinte impugná-lo administrativamente.

Analisada, em primeira Instância administrativa, reconhece o Fisco o descabimento do lançamento, decisão que necessita da confirmação, ainda que decidida por unanimidade, pelo Colegiado de Segunda Instância administrativa. Contudo, o Colegiado entende por bem, e por maioria, reconhecer a validade e

eficácia do lançamento, culminando com a determinação de inscrição na dívida ativa. Sem possibilidade de impedir a inscrição na dívida ativa, (dever/poder potestativo do Fisco) cuida o Contribuinte de ingressar com medida judicial apta a suspender a sua exigibilidade ou, sucessivamente, obter o reconhecimento judicial quanto à inexistência de débito fiscal. Acolhida a pretensão em sede de ação judicial, a referida sentença não surtirá efeito, muito menos transitará em julgado se não for confirmada pelo Tribunal respectivo, ante a obrigatoriedade do reexame necessário.

O quadro retratado acima não é nenhuma fantasia, mas sim o dia-a-dia de qualquer contribuinte brasileiro, instado a suportar o excessivo tratamento desigual em, seu desfavor, ante o privilégio que se respalda ao Estado, sob o escol da legítima defesa do erário.

Note-se que no exemplo em tela não se ameaça bem público, por assim dizer, mas a luta do Contribuinte destina-se a buscar a eficácia dos mecanismos de defesa das garantias e direitos fundamentais com o intuito de inibir a imposição de norma violadora do sistema constitucional criada erroneamente para gerar novo ou futuro (suposto crédito) patrimônio público.

Pois bem. É assim que se desenvolve a excessiva proteção do Estado decorrente do duplo (processo administrativo e processo judicial) reexame necessário.

Após a crítica posta em discussão, de logo ressaltando o propósito de suscitar o debate, a despeito da moldagem pretendida quando perseguida a aplicação da igualdade e da legalidade à égide do plano sistemático constitucional, será traçado em seguida o comportamento dos Tribunais Pátrios.

#### **4. O REFLEXO DO REEXAME NECESSÁRIO NOS TRIBUNAIS**

O cenário colocado à disposição dos jurisdicionados brasileiros, atualmente, espelha e reflete um Judiciário assoberbado por uma demanda assombrosa, da qual, sem medo de errar, o Estado (na plenitude dos seus diferentes organismos – União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas fundações e autarquias)

figuram em 60% (sessenta por cento) a 70% (setenta por cento) dos processos que tramitam nas diversas esferas do Judiciário, em especial nos Tribunais, por força, via de regra, do obrigatório reexame necessário, pedindo vênias pela irritante redundância.

Objetivando evidenciar o peso do instituto processual em análise, a seguir transcreve-se o tratamento dispensado pelos Tribunais, *verbis*:

*“Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, no voto proferido do julgamento dos Embargos Infringentes nº 1999.01.00.089903-9/DF:*

*“(…) A decisão do Relator que nega seguimento à remessa oficial, hipótese não contemplada por lei, padece de ilegalidade.*

*É que, segundo a unissonante doutrina, o ‘reexame necessário’, também nominado e conhecido por ‘remessa oficial’ (previsto no vetusto, e de há muito revogado, código de Processo Civil de 1939 como ‘recurso de ofício’, ou seja, do próprio juiz), não é ‘recurso’ (conceito ultrapassado) mas condição para o trânsito em julgado da sentença ele é instituto (princípio) de ordem pública, imperativo, irrecusável, impostergável e, exatamente por isso até ‘tido por interposto’ na eventual omissão do julgador ou mesmo, na eventual ‘recalcitrância’ de alguns magistrados contrário a ele. Em sendo assim, por ter cunho OBRIGATÓRIO, não pode o julgador negar seguimento à remessa oficial, como pode fazer com o recurso nas hipóteses do art. 557 do CPC, assim porque o citado artigo não o prevê textualmente (e isto seria indispensável), como porque remessa oficial e recurso não se confundem e têm natureza jurídica absolutamente diversa.*

*Reporto-me, por oportuno, ao magistério de Nelson Nery Júnior, que ao definir natureza jurídica da remessa oficial, assim dispôs:*

*1. Natureza jurídica. Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmado pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo Tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz. (in código de Processo Civil Comentado, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 928).*

*A remessa oficial, por força da lei – art. 475 do CPC – obriga, pelo segundo grau de jurisdição (Tribunal, no caso, o Tribunal Regional Federal), o reexame de toda a matéria apreciada pela primeira*

*instância (juiz de 1º grau) e decidida contrariamente à Fazenda Pública (União, Autarquia e Fundações Públicas), razão pela qual não é adequado nem tecnicamente correto que o Relator negue seguimento à remessa oficial ou julgue prejudicada (ordinariamente), salvo em situações especialíssimas que a boa técnica processual indicará caso a caso. O Tribunal (por seu órgão fracionário) terá de agir, deste modo, sem outra alternativa jurídico-processual. Ainda quando, além da remessa oficial haja o recurso voluntário, os pressupostos natos têm a ver com aquela outra. Mesmo se apreciando o recurso, do ente público, a remessa se apreciará simultaneamente.*

*Em caso de reforma de decisão recorrida, se deverá DAR PROVIMENTO (total ou parcial) ao recurso de apelação e também à remessa oficial, por isso que não recomenda a boa técnica jurídica julga-lá PREJUDICADA (remessa), salvo em hipóteses excepcionais, tais como no caso de provimento de recuso voluntário da outra parte, que enseje a nulidade da sentença, ou anulação, de ofício pelo Juízo ad quem, da sentença, dentre outros.*

*Ao negar seguimento a remessa oficial, estar-se-á subtraindo a matéria do conhecimento do órgão Colegiado e negando vigência à lei que determina que a sentença só produzirá efeitos após confirmada pelo Tribunal (art. 475, CPC).*

*O art 557 do CPC deve ser entendido como inteligência peculiar do intérprete da lei, a saber, relativamente ao STF ou Tribunal Superior, não maiores indagações jurídicas, porque primeiro e os demais dizem a 'jurisprudência' final (notadamente simulada) nas suas respectivas alçadas: constitucional e infraconstitucional, respectivamente.*

*Quantos aos tribunais dito intermediários, como são os Regionais Federais, eles não são 'formadores últimos da jurisprudência': sua missão constitucional primordial é uniformizar a jurisprudência em suas respectivas áreas de jurisdição, aplicando e fazendo aplicar, concordando ou não com elas, as jurisprudências sedimentadas pelo STF ou Tribunal Superior (no caso STJ).*

*Daí, portanto, que não é de boa política ou técnica processual (para dizer o menos) que o Juiz do Tribunal Regional Federal negue seguimento a recursos (ou, piormente, à remessa oficial), com respaldo em jurisprudência ou Súmula do respectivo Tribunal, que não esteja referendada, confirmada ou respaldada pela referida Corte Superior (é comum que súmulas de TRFs sejam desautorizadas pelo STF ou STJ), pois a tanto não autoriza a objetividade normativa do art. 557 do CPC, até porque, de outro modo, estará inviabilizando (no mínimo dificultando) o acesso do prejudicado às vias extraordinárias ou especial, sabido que os RE e Resp somente são cabíveis de acórdãos, não de "decisão monocrática do relator".*

*O fato de a lei não o dizer assim não é relevante, porque tal posição é incita ao conceito do instituto e à natureza jurídica do “ julgar”, se bem entendido como a “ lógica do bom senso ou do razoável”.*

*Ao que se pode concluir, a decisão do Relator fez prevalecer seu entendimento pessoal sobre a matéria, e que não reflete a jurisprudência da Corte, dado que, por exemplo, a Segunda Turma julga diferentemente da primeira Turma, o que não o autoriza a negar segmento a recurso com supedâneo no art. 557 do CPC. Quando muito, o Relator poderá CONFIRMAR, em sede de remessa oficial ( de curso obrigatório ), por decisão monocrática, a sentença de primeiro grau, se ela estiver “ em conformidade com a Súmula de Tribunal Superior ou do Tribunal, ou, ainda, com jurisprudência uniforme deste” ( art. 38, XVIII, do RI/ TRF1), mas que também não é hipótese destes autos.*

*Sobre a matéria decidiu o STJ:*

*“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. NEGATIVA DE SEGMENTO COM APOIO EM ENTENDIMENTO PREDOMINANTE DO TRIBUNAL A QUO. 1- As Súmulas dos Tribunais Regionais Federais, embora espelhando a sua jurisprudência dominante, não possui efeito vinculante para impedir a admissão e conhecimento de apelação e apreciação da remessa oficial. Não são invocáveis os específicos requisitos de admissibilidade próprios do Recurso Especial. Interposta a apelação dentro do prazo legal, não pode ter segmento obstado pelo argumento de que a orientação jurisprudencial da Corte já se afirmou no sentido da decisão apelada.” ( REsp n. 90.078/CE, rel. Min. Assis Toledo). 2- Havendo necessidade de exame da Remessa de Ofício, é limitada à extensão normativa do art. 557, CPC ( STJ. REsp n. 153.300/AL. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. Um., DJ 22.3.99)*

*Pelo exposto, DOU provimento aos embargos infringentes.*

*É como voto.*

*Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL*

O direcionamento constitucional para preservar e garantir a independência e harmonia entre os poderes não está, definitivamente, retratado no comportamento que é imposto ao Judiciário.

Como dito antes, ainda que de forma pífia, as regras insertas, por atualização ou adequação, pelas recentes alterações insertas no art. 475, do CPC, mais precisamente os parágrafos 2º e 3º, de certa forma, mesmo que velada, já demonstra a evolução para o reconhecimento do quão desigual e desequilibrado se mostra o reexame necessário. O quão nocivo tem se mostrando, ainda que rotulado de indelével defesa do erário.

Ademais, entre os Poderes da República Federativa do Brasil o que merece mais desconfiança é o Judiciário?

A reflexão se impõe.

No plano recente da preocupação em se descobrir caminhos para a concreta expansão da prestação jurisdicional efetiva, imprimindo melhores mecanismos e ferramentas ao Judiciário, cabe referência de destaque ao projeto de lei que, sem adentrar no mérito do seu propósito real, reflete, minimamente, uma intenção de por em prática políticas judiciárias no sentido de mitigar o excesso de demanda imposta ao Judiciário, senão, veja-se:



SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

E.M. nº 00040 - MJ

Brasília, 5 de abril de 2007

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o

juízo de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

4. O presente projeto de lei é baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal. Submetido ao crivo do Presidente da Corte Superior, a proposta foi aceita e recebeu alguns ajustes, que passaram a integrar a presente redação. Após, sofreu ainda pequenas alterações ao ser analisada pelos órgãos jurídicos do Poder Executivo.

5. Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento.

6. Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei no 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal.

7. Conforme a redação inserida no diploma processual pela norma mencionada, em caso de multiplicidade de recursos fundados na mesma matéria, a Corte Suprema poderá julgar um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando a tramitação dos demais. Proferida decisão pela inadmissibilidade dos recursos selecionados, será negado seguimento aos demais processos idênticos. Caso a decisão seja de mérito, os tribunais de origem poderão retratar-se ou considerar prejudicados os recursos. Mantida a decisão contrária ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, o recurso seguirá para aquela Corte, que poderá cassar a decisão atacada.

8. Na proposta que submeto a Vossa Excelência, busca-se disponibilizar mecanismo semelhante ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial.

9. De acordo com a regulamentação proposta, verificando a multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma matéria, o Presidente do Tribunal de origem poderá selecionar um ou mais processos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo os demais recursos idênticos até o pronunciamento definitivo dessa Corte.

10. Sobrevindo a decisão da Corte Superior, serão denegados os recursos que atacarem decisões proferidas no mesmo sentido. Caso a decisão recorrida contrarie o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, será dada oportunidade de retratação aos tribunais de origem, devendo ser retomado o trâmite do recurso, caso a decisão recorrida seja mantida.

11. Para assegurar que todos os argumentos sejam levados em conta no julgamento dos recursos selecionados, a presente proposta permite que o relator solicite informações sobre a controvérsia aos tribunais estaduais e admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, inclusive daqueles que figurarem como parte nos processos suspensos. Além disso, prevê a oitiva do Ministério Público nas hipóteses em que o processo envolva matéria pertinente às finalidades institucionais daquele órgão.

12. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade aos ritos do processo civil.

Respeitosamente,

Tarso Genro  
Ministro de Estado da Justiça

##### **5. CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA RE-AVALIAÇÃO DO REEXAME OBRIGATÓRIO**

A matéria posta nos impõe uma avaliação crítica do impacto do instituto processual do reexame necessário, presente obrigatoriamente no cenário dos embates e conflitos tributários travados no campo de batalha do Judiciário, regra de cunho substantivo que, desvirtuadamente, se impõe de forma decisiva no plano do funcionamento do sistema normativo tributário, essencialmente constitucional, provocando o tratamento desigual e arbitrário, sendo, inclusive, capaz de fomentar a irresponsabilidade fiscal, quando da emissão de atos normativos descomprometidos com a adequada técnica constitucional, porém, eficazes e efetivos por força do longo e tortuoso caminho facultado ao Contribuinte, cujas dificuldades, e mais das vezes ignorância fiscal, lhe obriga a arcar e sofrer com pesada carga tributária, comprometendo a sua sobrevivência produtiva.

Na outra banda, a avalanche de processos submetidos, impropriamente, a revisões desnecessárias e repetitivas, tumultua a efetiva, célere e eficiente prestação jurisdicional, provocando no seio da sociedade o mais cruel dos sentimentos, aquele que nos obriga a reconhecer a letargia de um dos Poderes da República, eminentemente responsável pelo adequado funcionamento do regime democrático, sem o qual a sociedade coloca em risco a sua segurança.

Outrossim, cabe destacar também, que não se pode desprezar o moderno e eficaz aparato funcional representado pelas Fazendas Públicas, eficientemente competentes e aparelhadas para coibir os eventuais deslizamentos do Judiciário, se é este

o verdadeiro fundamento da necessidade de proteção excessiva do Estado, via reexame necessário, pois, afinal, a máquina dispõe de recursos humanos e tecnológicos suficientemente capazes de promoverem a defesa do erário sem proteções advindas de preceitos legais substantivos, a um só tempo, desiguais e arbitrários, cuja receptividade pela Constituição Federal é duvidosa, mormente quando confrontados direitos e garantias fundamentais e princípios constitucionais.

SÉRGIO RICARDO OLIVEIRA

### **Bibliografia**

DE MORAES, ALEXANDRE, Direito Constitucional , décima primeira edição , São Paulo, editora Atlas S.A.

CARVALHO SANTO, J.M. de. Código de processo civil interpretado, Freitas Bastos, 4. Ed., vol. IX, Rio de Janeiro, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R.. Teoria Geral do Processo. 11 Ed., São Paulo. Malheiros, 1995

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituição de Direito Processual Civil. 3. Ed, Malheiros, São Paulo, Vol.I, 2003

FIÚZA, Cezar. Direito civil: curso completo. 8.d., Belo Horizonte, Del Rey, 25004.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Novo Código de Processo Civil: comentários didáticos e práticos. 3.ed., São Paulo: Atlas, 1973.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito processual civil brasileiro. Forense, Rio de Janeiro, Vol. III, 1959.

PACHECO, José da Silva. Direito processual civil. Saraiva São Paulo, 1973, Vol. II.

PAULA, Alexandre de. Código de processo civil anotado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. II, 1980.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Código de processo civil anotado. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil e a legalidade constitucional, in Revista Del Rey Jurídica, ano 6, n. 13, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2º semestre de 2004.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 34. Ed. vol. I, São Paulo. Forense, 2000

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC. 2.ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

---

<sup>i</sup> Sobre had  
<sup>ii</sup> COMPARATO,